

27 SETTEMBRE 2017

La Cour de justice retourne sur l'effet
direct du principe de non-
discrimination en raison de l'âge:
(encore) beaucoup de bruit pour rien?

di Elena Gualco

Lecturer in EU Law
University of Bedfordshire

La Cour de justice retourne sur l'effet direct du principe de non-discrimination en raison de l'âge: (encore) beaucoup de bruit pour rien? *

di Elena Gualco

Lecturer in EU Law
University of Bedfordshire

Sommaire : 1. Introduction. 2. L'arrêt *Rasmussen* : le litige au principal et les questions préjudicielles. 3. L'encadrement normatif du principe de non-discrimination en relation à l'âge en droit de l'Union européenne. 3.1. Les sources de droit primaire : l'art. 19 TFUE et la Charte des droits fondamentaux. 3.2. La directive 2000/78/CE et les limites de la lutte envers les discriminations fondées – entre autres – sur l'âge. 4. L'égalité en raison de l'âge comme principe général : l'apport de la Cour de Justice et la quête de l'effectivité. 4.1. L'horizontalité du principe général de non-discrimination en raison de l'âge : les avantages. 4.2. L'horizontalité du principe général de non-discrimination en raison de l'âge : des limites cachées ? 5. Conclusion

1. Introduction

Après plus de dix ans du célèbre arrêt *Mangold*¹, la Cour de justice de l'Union européenne a récemment statué sur l'obligation, incombant sur chaque juridiction nationale, de laisser inappliquée toute disposition interne qui soit contraire au principe général de non-discrimination en fonction de l'âge, aussi dans le cas où ladite juridiction soit saisie d'un litige entre particuliers².

Dans l'arrêt *Rasmussen*, la Cour de Justice a d'une part réaffirmé que le principe général de non-discrimination en fonction de l'âge se prête à dérouler un effet direct aussi horizontal³. D'autre part, la Cour a aussi clarifié que les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime – potentiellement préjugés par l'application horizontale de la non-discrimination en raison de l'âge – ne remettent pas en cause ladite horizontalité⁴.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Arrêt du 22 novembre 2005, C-144/04, *W. Mangold c. R. Helm*, in *Rec.* 2005, p. I-9981.

² Il s'agit de l'arrêt du 19 avril 2016, C-441/14, *Danske Industri (DI) c. Succession Karsten Eigil Rasmussen*, ECLI:EU:C:2016:278.

³ Le thème de l'effet direct horizontal du principe général de non-discrimination en raison de l'âge a fait l'objet de la jurisprudence de la Cour de justice en quatre précédentes occasions : les arrêts du 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, cit. ; du 23 septembre 2008, C-427/06, *Bartsch*, in *Rec.* 2008, p. I-7245 ; du 19 janvier 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci*, in *Rec.* 2010, p. I-365 ; du 1 octobre 2015, C-432/14, *Bio Philippe*, ECLI:EU:C:2015:643. Dans ce dernier cas, la Cour n'est pas arrivée à juger le fond du renvoi parce que – pour la première fois dans cet endroit – elle a considéré que les situations envisagées n'étaient pas comparables.

⁴ A ce propos, v. S.M. CARBONE, *Discriminazioni in base all'età tra principi generali UE e criteri applicativi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, pp. 23-32; V. PICCONE, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione*

Cette décision constitue donc l'occasion pour réfléchir sur l'horizontalité du principe de non-discrimination en raison de l'âge et, surtout, pour comprendre les implications de son effet direct par rapport à l'ordre juridique de l'Union européenne ainsi qu'à la protection d'un droit subjectif, tel étant la non-discrimination en raison de l'âge.

La présente contribution vise donc à vérifier si, par la voie de l'effet direct horizontal, l'objectif d'assurer au principe de non-discrimination en raison de l'âge une protection effective et efficace a été entièrement atteint. Ces deux concepts, effectivité et efficacité, soulignent la nécessité qu'une règle de droit ne s'épuise pas par son énonciation formelle mais nécessite sa mise en œuvre et, donc, son application concrète⁵. Pour ce qui concerne le principe de non-discrimination en raison de l'âge, il faut constater que sa réalisation effective dépend largement de la possibilité pour les victimes d'un traitement discriminatoire d'en se prévaloir devant l'autorité juridictionnelle⁶, tandis que son efficace accomplissement est lié à l'exigence de ne pas entraver d'autres – pareillement important – droits subjectifs.

Avec ce but, après avoir présenté le litige au principal, l'article mettra tout d'abord en évidence que les instruments normatifs communautaires ne se prêtent en tant que tels à rejoindre l'effectivité soignée. Ensuite, la jurisprudence de la Cour de Justice sera explorée afin d'illustrer les avantages, et les risques, que l'interprétation créatrice de la Cour pose au niveau de l'effectivité et efficacité de la protection du droit à la non-discrimination en raison de l'âge.

2. L'arrêt *Rasmussen* : le litige au principal et les questions préjudicielles

Le litige voit son origine en 2009, lorsque M. Rasmussen, âgé de 60 ans, était licencié par son employeur, Ajos. Suite au licenciement, bien qu'il ait droit à recevoir la pension de vieillesse, M. Rasmussen réussissait à trouver une nouvelle occupation en tant qu'employé salarié, décidant donc de ne pas encore profiter de ladite pension.

nell'ordinamento integrato, in *Questione giustizia*, 15 Février 2017 ; N. LAZZERINI, *Causa C-441/14 Dank Industri (DI). La Grande sezione della Corte di giustizia conferma l'efficacia diretta orizzontale del principio generale di non discriminazione in base all'età*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2/2016 ; E. GUALCO – L. LOURENÇO, *Clash of Titans – General principles of EU law: balancing and horizontal direct effect*, in *European Papers*, 2016, pp. 643-652.

⁵ V. Cour de justice, arrêt du 17 juillet 1963, C-13/63, *Italie c. Commission*, in *Rec.* 1963, p. 337. Récemment, dans l'arrêt du 25 octobre 2001, C-120/99, *Italie c. Conseil*, in *Rec.* 2001, p. I-7997, § 80, la Cour a affirmé qu'« une discrimination ne peut consister que dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes ». En doctrine, sur ce point, S. GERVASONI, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination: quelques considérations tirées de la jurisprudence de la Cour de justice*, in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Septième Journée d'Études du Pôle Européen Jean Monnet. Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 91-107.

⁶ V. S. ROBIN-OLIVIER, *The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, pp. 165-188; S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Ed. Scientifica, Naples, 2009, p. 7.

Suite à son choix de rester dans le marché du travail, M. Rasmussen apprenait de n'avoir pas le droit de recevoir l'indemnité de licenciement normalement payée à tout employé ayant été licencié et dont la valeur est établie selon l'ancienneté dans l'entreprise concernée. La raison d'une telle limitation portait sur une loi danoise – constamment observée par les Cours nationales mais déjà jugée contraire au droit de l'Union européenne dans un litige vertical⁷ – qui qualifiait ladite indemnité inapplicable aux employés étant éligibles à la pension de vieillesse mais qui, comme M. Rasmussen, avaient adhéré audit régime avant l'âge de cinquante ans⁸.

Face à la situation que l'on vient de présenter, M. Rasmussen s'adressait au syndicat Dansk Formands Forening afin d'intenter une action contre son précédent employeur, Ajos, et ainsi obtenir le paiement de l'indemnité de licenciement. M. Rasmussen (après représenté par ses ayants droit successoraux) demandait ledit paiement en vertu de la contrariété de la loi danoise au principe de non-discrimination en raison de l'âge, tel qu'il avait été interprété par la Cour de justice dans la décision *Ingeniørforeningen i Danmark*⁹. Ajos, au contraire, soutenait que l'interprétation donnée par la Cour de justice dans telle occasion avait l'effet de violer deux autres principes – ceux de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique – et devrait pourtant être écartée en tant qu'interprétation *contra legem*.

Compte tenu de l'ambiguïté interprétative du litige ainsi que de son relevance du point de vue communautaire, la Cour suprême danoise posait donc à la Cour de justice deux questions préjudicielles. La première question portait sur l'absence de toute distinction entre les employés profitant de la retraite et les employés restant dans le marché du travail : en particulier, la Cour suprême danoise se demandait si un régime privant ces derniers de la possibilité de bénéficier de l'indemnité de licenciement était conforme au principe général de non-discrimination en raison de l'âge. La deuxième question visait à clarifier si, dans un litige entre particuliers, une mise en balance du principe de non-discrimination en raison de l'âge, d'une part, et des principes de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique, d'autre part, était admissible.

Comme l'on a déjà mentionné et comme l'on verra tout au long de l'article, la Cour de justice s'est exprimée dans le sens d'une non-conformité de la loi danoise au droit de l'Union (par la voie de son principe général de non-discrimination en raison de l'âge) et a en même temps statué que « ni les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, ni la possibilité pour le particulier qui s'estime lésé par l'application d'une disposition nationale contraire au droit de l'Union d'engager la

⁷ Arrêt de la Cour du 12 Octobre 2010, C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark*, EU:C:2010:600.

⁸ Il s'agissait de la loi relative aux rapports juridiques entre les employeurs et les employés et plus précisément de son article 2a, portant sur l'indemnité spéciale de licenciement.

⁹ Arrêt de la Cour du 12 Octobre 2010, C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark*, cit.

responsabilité de l'État membre concerné pour violation du droit de l'Union ne peuvent remettre en cause »¹⁰ l'obligation d'assurer le plein respect du principe de non-discrimination en raison de l'âge dans les litiges entre particuliers.

3. L'encadrement normatif du principe de non-discrimination en relation à l'âge en droit de l'Union européenne

3.1. Les sources de droit primaire : l'art. 19 TFUE et la Charte des droits fondamentaux

Afin de comprendre l'importance des arrêts *Mangold*, *Küçükdeveci* et, plus récemment, *Rasmussen* – où la non-discrimination en raison de l'âge a été qualifiée un principe général de droit de l'UE ayant effet direct horizontal – il faut tout d'abord constater qu'aucune des sources écrites de droit communautaire n'offre, en tant que telle, une protection efficace dudit principe.

Pour ce qui concerne les sources de droit primaire de l'Union européenne, l'âge, en tant que facteur discriminatoire, est évoqué tant au niveau du Traité sur le Fonctionnement de l'UE, à l'art. 19, tant par l'art. 21 de la Charte des droits fondamentaux¹¹.

L'introduction d'une disposition visant à combattre différentes formes de discrimination date des années quatre-vingt-dix, lorsque l'Union européenne a reçu le mandat d'intervenir dans ce domaine¹². Sans l'art. 13 TCE – qui, suite à la réforme de Lisbonne, est devenu l'art. 19 TFUE – la protection communautaire de l'égalité n'aurait pas touché d'autres critères que ceux, la nationalité et le sexe, expressément envisagés par les Traités eux-mêmes.

Si la création d'une disposition permettant une extension de la portée du droit communautaire de la non-discrimination a été essentielle, il faut cependant souligner que la lettre de l'art. 19 a soulevé plusieurs questions relatives à son interprétation. La lecture qu'on a privilégiée de l'art. 19 TFUE a mis en évidence que certains aspects de cet article en réduisent ou limitent la portée¹³. Il s'agit, tout d'abord, des conditions d'opérationnalité de l'article : de façon différente par rapport aux autres dispositions du Traité, on lit dans l'art. 19 TFUE que la lutte envers les discriminations doit se dérouler « sans préjudice des autres dispositions du [...] traité et dans les limites des compétences que celui-ci confèr[ait] à la Communauté ».

¹⁰ Arrêt du 19 avril 2016, C-441/14, *Rasmussen*, cit., § 43.

¹¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 et réaffirmée à Strasbourg le 12 décembre 2007, in J.O. du 26 octobre 2012, C 326, p. 391 et s.

¹² La création de l'art. 13 TCE a été insérée par le Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, du 2 octobre 1997, in J.O. du 10 novembre 1997, C 340, p. 1 et s.

¹³ A ce propos, on met en évidence que la lettre de l'art. 13 TCE a été le résultat d'un compromis politique concernant la réticence du Royaume Uni envers l'introduction – au niveau des Traités – d'une norme générale interdisant les discriminations. Cfr. L. FLYNN, *The Implications of Article 13 EC – After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?*, in *Common Market Law Review*, 1999, pp. 1127-1152.

À ce propos, la doctrine¹⁴ a pu souligner la différence terminologique existant entre l'art. 18 TFUE et l'art. 19 TFUE, concernant différentes déclinaisons d'un même principe. Conformément à la plupart des dispositions du Traité, l'application de l'art. 18 TFUE suppose en effet la double condition que la protection du principe de non-discrimination en raison de la nationalité respecte les « dispositions particulières » ainsi que la limite du « domaine d'application des traités », tandis que l'art. 19 TFUE est soumis à des conditions d'application plus étroites. Ainsi, on peut se demander si une telle différence de formulation traduit un choix de diminuer le rôle et l'impact de la clause communautaire de lutte envers les discriminations¹⁵.

Une deuxième interrogation porte sur la circonstance que la liste de critères contenue dans l'art. 19 TFUE a été considérée comme exhaustive¹⁶. Par conséquent, aucun autre facteur discriminatoire ne sera interdit par le droit communautaire – sauf à procéder à une révision de l'actuel art. 19 TFUE. Finalement, un troisième aspect concerne la possibilité de reconnaître à l'art. 19 TFUE un effet direct : on a exclu tout effet direct (même vertical) sur la considération que l'art. 13 TCE (et, donc, aujourd'hui, l'art. 19 TFUE) constitue uniquement une base juridique pour l'adoption de mesures de droit dérivé, n'énonçant – en tant que tel – aucune règle générale d'interdiction des discriminations¹⁷.

La Charte des droits fondamentaux, en revanche, a été interprétée dans le sens que la liste des critères discriminatoires énoncée par son art. 21 n'est pas exhaustive¹⁸, se prêtant dès lors cet article à être employé dans d'autres circonstances que celles expressément envisagées.

Toutefois, par rapport aux conditions applicatives de la Charte, de nombreuses questions interprétatives se sont posées lorsqu'elle est devenue juridiquement contraignante¹⁹. En particulier, (au moins) trois

¹⁴ Cfr. E. DUBOUT, *L'article 13 du Traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 66.

¹⁵ Comme souligné par L. FLYNN, *The Implications of Article 13 EC*, cit., p. 1134, « as a result of this phrase all other Treaty provisions take precedence over it ».

¹⁶ L. BURGOGUE-LARSEN, *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione. L'articolo 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ovvero la rivoluzione silenziosa*, in *Ragion Pratica*, 2011, pp. 55-74 ; ainsi que E. DUBOUT, *L'article 13 du Traité CE*, cit., p. 66.

¹⁷ V. G. MORE, *The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to fundamental right?*, in P. CRAIG – G. DE BURCA, *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford, 1st ed., 1999, pp. 517-553, spéc. p. 548 ; E. DUBOUT, *L'article 13 du Traité CE*, cit., p. 38, ainsi que les Conclusions de l'Avocat General Stix-Hackl du 20 novembre 2002 dans le litige C-186/01, *A. Dory c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Rec.* 2003, p. I-2479, § 69, où on lit que « l'article 13 CE fournit uniquement une base juridique à la compétence du législateur communautaire, et ce uniquement "dans la limite des compétences que le traité confère à la Communauté". Cette règle de compétence ne peut en soi faire naître des droits relatifs à l'égalité de traitement entre hommes et femmes allant au-delà du droit secondaire existant ».

¹⁸ L. AZZENA, *La costruzione del principio di eguaglianza nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, pp. 1419-1440, spéc. p. 1433.

¹⁹ Par l'art. 6 TUE, comme modifié par le Traité de Lisbonne. Pour une comparaison avec le Traité Constitutionnel, v. L.S. ROSSI, *Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le Traité de Lisbonne*, in G. COHEN-JONATHAN et a. (ed.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 609-625.

interrogatifs ont fait l'objet de l'attention de la Cour de justice : il s'agit *i)* des éléments qui – aux termes de l'art. 51, § 1 – témoignent de la mise en œuvre du droit de l'Union par les Etats membres et qui justifient l'application de la Charte²⁰, *ii)* de l'appréciation de la différence entre droits et principes (au regard de l'article 51 du texte prescrivant que la Charte « *respecte les droits et observe les principes* »), *iii)* de la définition de la portée de l'art. 53 (visant à assurer la protection la plus élevée des droits énoncés même si cela emporte la mobilisation d'une source autre que la Charte)²¹. Bien que l'interprétation des « dispositions générales » de la Charte puisse fortement réduire la portée du principe de non-discrimination en raison de l'âge d'un point de vue opérationnel, la distinction entre droits et principes est une entrave actuelle à l'effectivité dudit principe²².

Pour la première fois dans l'arrêt *Kücükdeveci*²³, la Cour s'est référée expressément à la Charte des droits fondamentaux en tant que document ayant désormais valeur juridique contraignante²⁴ : compte tenu qu'aucune indication n'était donnée aux niveaux des Explications à la Charte des droits fondamentaux, la Cour de justice aurait pu préciser si son article 21, § 1, énonçant l'interdiction de toute discrimination fondée, entre autre, sur l'âge, était rattachable à la catégorie des « droits » ou à celle des « principes ». En d'autres mots, il s'agissait de clarifier si ladite disposition de la Charte se prêtait ou pas à être invoquée dans les litiges horizontaux.

Le débat au regard s'est animé lorsque la Cour a évoqué le principe de non-discrimination en raison de l'âge dans l'arrêt *Association de Médiation Sociale*²⁵, où toutefois on ne questionnait que la possibilité de reconnaître un effet horizontal à l'art. 27 de la Charte conférant aux travailleurs le droit à l'information et à la consultation au sein de l'entreprise. Dans telle décision, les juges ont soutenu, *incidentally*, que « les circonstances de l'affaire au principal se distingu[aient] de celles ayant donné lieu à l'arrêt

²⁰ A. WARD, *Article 51*, in S. PEERS – T. HERVEY – J. KENNER – A. WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Nomos/C.H. Beck/Hart Publishing, Baden-Baden/Munich/Oxford, 2014, pp. 1413-1454.

²¹ Arrêt du 26 février 2013, C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscale*, ECLI:EU:C:2013:107.

²² Sur cette distinction, v. J. KROMMENDIJK, *Principles silence or mere silence on principles? The role of the EU Charter's principles in the case law of the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, pp. 321-356.

²³ Cour de justice, arrêt du 19 janvier 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, cit.

²⁴ L. IANNUZZI, *La sentenza sul caso Küçükdeveci: la Corte di giustizia applica la Carta dei diritti fondamentali nel suo valore vincolante*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, pp. 163-172.

²⁵ Arrêt du 15 janvier 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT e. a.*, ECLI:EU:C:2014:2. Le litige portait sur la conformité de la réglementation nationale au droit de l'Union européenne et, plus spécifiquement, à l'art. 27 de la Charte des droits fondamentaux. Du moment où le code du travail français ne prévoyait pour les organisations ayant moins de cinquante employés aucune obligation de représentation des travailleurs, il s'agissait de comprendre, tout d'abord, si la disposition française était en tant que telle contraire au droit fondamental à l'information et à la consultation de travailleurs, tel qu'il est prévu par la Charte ; deuxièmement, il fallait clarifier quelle était la méthode pour calculer le nombre effectif des travailleurs. Sur cet arrêt, v. N. LAZZERINI, *(Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties: AMS*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 907-933.

Küçükdeveci [...] dans la mesure où le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, en cause dans cette dernière affaire, consacré à l'article 21, paragraphe 1, de la Charte, se suffit à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel »²⁶. Selon ladite affirmation, le principe de non-discrimination en fonction de l'âge serait un « droit » aux termes de l'art. 51 de la Charte. Ceci étant le cas, on ne comprend pas pourquoi, lorsque le thème de l'effet direct de l'art. 21 de la Charte a été abordé de nouveau dans le cas *Rasmussen*, la Cour n'a pas ratifié son affirmation dans l'arrêt *Association de Médiation Sociale*. Il paraît donc préférable de considérer l'observation de la Cour dans ce dernier arrêt comme ne constituant aucune tentative de clarification.

Bien qu'il s'agisse d'une interrogation fondamentale dans le débat sur l'effectivité de la protection juridictionnelle du principe de non-discrimination en raison de l'âge, la formule très vague²⁷ employée par la Cour aussi en occasion de l'arrêt *Rasmussen* porte malheureusement à conclure que ladite ambiguïté n'a pas encore été dissipée.

3.2. La directive 2000/78/CE et les limites de la lutte envers les discriminations fondées – entre autres – sur l'âge

Au niveau du droit dérivé, seule la directive 2000/78²⁸ fait référence au principe de non-discrimination en raison de l'âge. La lutte envers ces formes de discrimination est donc circonscrite au champ d'application fortement limité de ladite directive²⁹ et soumise aux nombreuses dérogations prévues par la directive elle-même³⁰.

De plus, et pour ce qui concerne spécifiquement le côté de la protection juridictionnelle, l'engagement de la directive visant à combattre les discriminations fondées sur l'âge a une portée plutôt limitée³¹. Comme la Cour de justice a pu le préciser en plusieurs occasions, cette source du droit est passible d'avoir seulement effet direct vertical, et n'est pas directement invocable dans les litiges horizontaux. Ce cas échéant, la lettre de l'art. 288 TFUE, précisant que les directives – contrairement aux règlements³² – lient

²⁶ Arrêt du 15 janvier 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*, cit., § 47.

²⁷ Arrêt du 19 avril 2016, C-441/14, *Rasmussen*, cit., § 22.

²⁸ Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, in J.O. n° L 303 du 2 décembre 2000, p. 16 et s.

²⁹ Art. 3, directive 2000/78/CE, cit.

³⁰ Le thème des justifications aux discriminations interdites par la directive est bien examiné par M.A. MOREAU, *Les justifications des discriminations*, in *Droit Social*, 2002, p. 1112-1124.

³¹ V. S.M. CARBONE, *Discriminazioni in base all'età tra principi generali UE e criteri applicativi*, cit., p. 23.

³² V. Cour de justice, arrêt du 14 juillet 1994, C-91/92, *P. Faccini Dori*, in *Rec.* 1994, p. I-3325, § 23-24 où la Cour a affirmé qu'il « serait inacceptable, en effet, que l'État auquel le législateur communautaire prescrit d'adopter certaines règles destinées à régir ses rapports — ou ceux des entités étatiques — avec les particuliers et à conférer à ceux-ci le bénéfice de certains droits puisse invoquer l'inexécution de ses obligations en vue de priver les particuliers du bénéfice de ces droits. C'est ainsi que la Cour a reconnu l'invocabilité à l'égard de l'État (ou d'entités

« tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens », serait méconnu. Ainsi, la Cour de justice a constamment nié que toute directive puisse produire effet direct horizontal, et exclu pour les particuliers la possibilité de s'en prévaloir face aux juridictions nationales lorsqu'ils s'opposent à un autre particulier³³. La directive 2000/78 énonçant, entre autres, le principe de non-discrimination en raison de l'âge, se voit appliquer ce même régime.

4. L'égalité en raison de l'âge comme principe général : l'apport de la Cour de Justice et la quête de l'effectivité

L'absence d'une disposition normative se prêtant à être contraignante quelque que soit le *statut* des sujets concernés est probablement la raison qui a motivé la Cour de justice à recourir à la catégorie des principes généraux de l'Union européenne³⁴ pour légitimer l'opérationnalité horizontale de la non-discrimination en raison de l'âge³⁵.

4.1. L'horizontalité du principe général de non-discrimination en raison de l'âge : les avantages

Jusqu'à l'arrêt *Rasmussen*, le thème de l'effet direct horizontal du principe général avait été examiné sur le fond en deux occasions seulement : dans les cas *Mangold* et *Kücükdeveci*³⁶.

étatiques) de certaines dispositions des directives sur la conclusion des marchés publics (voir arrêt du 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88, Rec. p. 1839) et des directives sur l'harmonisation des taxes sur le chiffre d'affaires (voir arrêt du 19 janvier 1982, *Becker*, 8/81, Rec. p. 53). Étendre cette jurisprudence au domaine des rapports entre les particuliers reviendrait à reconnaître à la Communauté le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers alors qu'elle ne détient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements ». Par ailleurs, comme l'on a précisé l'Avocat Général Trstenjak dans ses Conclusions du 8 septembre 2011, C-282/10, *M. Dominguez*, ECLI:EU:C:2011:559, § 63, l'attribution d'effet direct horizontal aux directives préjugerait le principe de sécurité juridique aussi.

³³ Face à l'impossibilité de reconnaître aux directives un tel effet, la Cour de justice a élaboré des escamotages visant à garantir un minimum de protection des positions juridiques individuelles aussi dans ces cas : il s'agit, en particulier, du principe de l'interprétation conforme (arrêts du 10 avril 1984, C-14/83, *S. Von Colson*, Rec. 1984, p. 1891; du 5 octobre 2004, C-397/01, *Pfeiffer*, in Rec. 2004, p. I-8835, § 114 et s.) et du principe de responsabilité de l'Etat en raison de la violation du droit de l'UE (arrêt du 9 novembre 1995, C-479/93, *A. Francovich*, Rec. 1995, p. I-3843). V. C. TOBLER, *The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From early Staff Cases to the Mangold Approach*, in A. ROSAS – E. LEVITZ – Y. BOT (ed.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Springer, The Hague, 2013, pp. 443-469. En général, v. L. COUTRON, *Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives. Du cartésianisme au pragmatisme*, in *Rev. trim. dr. eur.*, dossier « Les actes de l'Union », 2015, pp. 39-62.

³⁴ Sur ce thème, v. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, OUP, Oxford, 2nd, 2006 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 2001, p. 358.

³⁵ Pour la première fois, dans l'arrêt du 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, cit.

³⁶ Il faut toutefois mentionner une autre décision, où la Cour aurait eu la possibilité de se prononcer sur le thème de l'effet direct du principe général de non-discrimination en raison de l'âge : l'arrêt du 23 septembre 2008, C-427/06, *Bartsch*, cit. Dans telle occasion, le panorama normatif était partiellement différent que celui de l'arrêt *Mangold* : d'une part, l'Etat membre concerné était toujours l'Allemagne et la question préjudicielle avait été

Le premier moment est représenté par l'arrêt *Mangold* : face à une disposition de droit allemand prévoyant la possibilité – sans limitation aucune – pour les employeurs de conclure avec les travailleurs ayant plus d'un certain âge que des contrats à durée déterminée, on a demandé à la Cour de justice si une telle législation était conforme au droit de l'Union européenne.

Tout d'abord, les juges de Luxembourg ont signifié que la disposition nationale visée mettait en place une différence de traitement directement fondée sur l'âge. En deuxième lieu, ils ont considéré que ladite norme n'était pas proportionnée à l'objectif – favoriser l'emploi des travailleurs plus âgés – qu'elle voulait atteindre. Troisièmement, il s'agissait de comprendre si le droit de l'Union européenne pouvait s'appliquer au cas concerné, qui avait nature horizontale.

Relativement à la directive 2000/78, elle aurait été applicable au cas visé, sauf que l'Allemagne avait choisi de se prévaloir de l'art. 18 de la directive 2000/78 lequel accordait aux Etats membres un délai de transposition supplémentaire pour adopter les instruments nécessaires à éviter toute violation du principe de non-discrimination en raison de l'âge et du handicap. Ainsi, du moment où le délai de transposition n'était pas encore expiré et le litige au principal avait caractère horizontal, la Cour – conformément à sa jurisprudence – a du conclure que la directive 2000/78 n'était pas applicable. Les juges ont toutefois relevé que le principe d'égalité de traitement n'était pas édicté par la directive elle-même, mais qu'il trouvait consécration au niveau des traditions constitutionnelles communes ainsi que des conventions internationales.

Pour ces raisons la Cour a finalement affirmé qu'il « incombe à la juridiction nationale d'assurer le plein effet du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge en laissant inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale, et ce alors même que le délai de transposition de ladite directive n'est pas encore expiré »³⁷.

Lorsqu'il a été adopté, l'arrêt *Mangold* a soulevé de nombreuses critiques³⁸ liées, surtout, à deux éléments : l'affirmation de la Cour selon laquelle le principe de non-discrimination en raison de l'âge était un principe partagé par la plupart des traditions constitutionnelles communes des Etats membres ; la reconnaissance

soulevée avant l'expiration du délai « supplémentaire » de transposition de la directive ; d'autre part, il n'y avait d'autres dispositions de droit de l'UE applicables au litige. Au contraire de *Mangold*, toutefois, l'approche suivie par la Cour de justice a été particulièrement restrictif : étant donné que l'art. 13 TCE (actuellement art. 19 TFUE) ne serait pas de nature à fonder la pertinence communautaire d'une dite question, et compte tenu de ce que la directive 2000/78 n'était pas contraignante, il fallait conclure que « le droit communautaire ne contient pas une interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge dont les juridictions des Etats membres doivent garantir l'application lorsque le comportement éventuellement discriminatoire ne présente aucun lien avec le droit communautaire » (arrêt du 23 septembre 2008, C-427/06, *Bartsch*, cit., § 25). Ainsi, et nonobstant les observations de l'Avocat Général, la Cour de justice n'a pas examiné la question sur le fond.

³⁷ Arrêt du 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, cit., § 78.

³⁸ V. T. PAPADOPOULOS, *Criticising the horizontal direct effect of the EU general principle of equality*, in *European Human Rights Law Review*, 2011, p. 437-447.

d'un effet direct horizontal au principe général sans aucune clarification sur la fonction jouée par la directive 2000/78.

Le deuxième moment où la Cour de justice s'est trouvée amenée à se prononcer sur l'opérativité du principe de non-discrimination en raison de l'âge dans un litige horizontal est représenté par l'arrêt *Kücükdeveci*. Le litige ou principal, opposant Mme Küçükdeveci à son ancien employeur, Swedex GmbH & Co. KG, concernait le calcul du délai de préavis applicable en cas de licenciement. Selon une disposition du Code Civil allemand, ledit délai de préavis était calculé à partir de l'ancienneté de service acquise après l'âge de vingt-cinq ans. Bien que Mme Küçükdeveci ait été au service de son précédent employeur pour plus de dix ans, comme elle avait commencé son contrat de travail à l'âge de dix-huit ans et avait été licenciée lorsqu'elle avait vingt-huit ans, trois ans de service seulement avaient été considérés pour le calcul du délai de préavis. Face à la situation décrite, Mme Küçükdeveci contestait son licenciement, soulignant que la disposition nationale sur le calcul du délai de préavis était incompatible avec le principe de non-discrimination en raison de l'âge.

À l'occasion de l'arrêt *Kücükdeveci*, l'encadrement normatif dudit principe avait profondément changé : la directive 2000/78 était désormais contraignante dans tous les Etats membres et la Charte des droits fondamentaux avait reçu la même valeur juridique que les Traités.

Face à ce nouveau contexte normatif, la Cour de justice a donc essayé de clarifier sa jurisprudence précédente, affirmant que « la directive 2000/78 ne fait que concrétiser, sans le consacrer, le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et, d'autre part, [...] le principe de non-discrimination en fonction de l'âge est un principe général du droit de l'Union en ce qu'il constitue une application spécifique du principe général de l'égalité de traitement »³⁹. Aux termes de l'arrêt *Kücükdeveci*, le rôle de la directive ne serait pas de « ratifier » l'applicabilité du principe général ; bien plutôt, elle aurait la capacité de lui donner le degré de précision, clarté et contenu inconditionnel suffisant afin qu'il puisse être invoqué dans les litiges horizontaux⁴⁰. Par conséquent, ce n'est pas la directive à gagner un effet direct horizontal, mais c'est le contenu du principe qui – grâce à la directive – devient assez précis pour que son respect contraigne les particuliers⁴¹.

³⁹ Cour de justice, arrêt du 19 Janvier 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, cit., § 50.

⁴⁰ Sur ce point, v. T. TRIDIMAS, *Horizontal Effects of General Principles: Bold Rulings and Fine Distinctions*, in U. BERNITZ – X. GROUSSOT – F. SCHULYOK (Eds.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Kluwer Law International, 2013. p. 213-232, spéc. p. 219, qui soutient que « the content of a general principle [...] is to be determined by close reference to EU legislation which covers the same field ». Même si « this appears to be justified on policy rather than normative grounds [...] it ensures that the discovery of general principles does not threaten the vertical allocation of powers between the EU and the Member States by bypassing the legislative process ».

⁴¹ Il faut toutefois préciser que – bien que cette interprétation paraisse convaincante – on a des doutes au regard de son effective mise en place. Comme affirmé par T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law*,

Face aux considérations déroulées, on pourrait donc constater que l'apport jurisprudentiel a au moins un mérite : sans la jurisprudence de la Cour de justice, la discrimination sur l'âge serait susceptible d'être sanctionnée uniquement dans les litiges verticaux, vice-versa, étant la possibilité d'invoquer ladite discrimination dans des litiges horizontaux remise au choix des droits nationaux.

On pourrait aussi soutenir que la justiciabilité de la protection de l'égalité en raison de l'âge a été étendue sans violer le système des sources du droit établi par le Traité. A ce regard, il faut toutefois remarquer que la doctrine, et les positions des avocats généraux⁴², ne sont pas uniformes : à côté des auteurs qui – bien qu'en en soulignant la fragilité – partagent l'idée juste présentée⁴³, on retrouve une part de la doctrine ayant une position très critique à propos de l'approche suivie par la Cour⁴⁴.

Ce dernier point a été indirectement abordé aussi dans le cas *Rasmussen*⁴⁵, lorsqu'on a demandé aux juges luxembourgeois si la directive 2000/78 et le principe général de non-discrimination en raison de l'âge ont le même champ d'application ou si, au contraire, la directive a une portée plus étendue que celle du principe général⁴⁶.

Encore une fois, il faut remarquer que cette décision aurait pu avoir un effet clarificateur, se prêtant à constituer l'occasion pour préciser la nature – et donc la portée – du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge. Vice-versa, la Cour de justice s'est limitée à exclure que le champ d'application de la directive puisse être plus étendu que celui du principe général⁴⁷ sans toutefois mentionner que, en revanche, c'est le principe général qui se prête à être appliqué dans d'autres situations

and the Charter, in A. ALBORS-LLORENS – K. ARMSTRONG – M.W. GEHRING, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, CELS, Cambridge, vol. 16, 2015, p. 368, «there is, thus, a risk that provisions of directives would be interpreted as illustrations of pre-existing general principles and attributed the status of primary law, leading to their horizontal effect and the availability of enhanced remedies ».

⁴² A ce propos, il faut rappeler les critiques soulevées par certains Avocats généraux : AG Mazák, conclusions présentées le 15 février 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, cit. ; AG Ruiz-Jarabo Colomer, conclusions présentées le 24 janvier 2008, C-55 et 56/07, *Michaeler et a.*, Rec. 2008, p. I-3135. ; AG Kokott, conclusions présentées le 8 mai 2008, C-73/07, *Tietosuojaaltutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, Rec. 2008, p. 9831.

⁴³ P. CABRAL – R. NEVES, *General Principles of EU Law and Horizontal Direct Effect*, in *European Public Law*, 2011, pp. 437-451 ; C. FAVILLI – S. GIUBBONI, *Divieto di discriminazione in ragione dell'età ed efficacia diretta orizzontale dei principi generali dell'ordinamento europeo*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2010, pp. 442-449.

⁴⁴ Dans la mesure où la Cour de justice aurait *de facto* reconnu effet direct horizontal aux directives : E. HOWARD, *ECJ Advances Equality in Europe by giving Horizontal Direct effect to Directives*, in *European Public Law*, 2011, pp. 729-743 ; S. LORENZON, *La Corte di giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali alle direttive comunitarie: il caso Küçükdeveci*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 430-436 ; M. PACINI, *Il principio generale europeo di non discriminazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, pp. 779-787 ; V. SCIARABBA, *Dopo Mangold la Corte di giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2010, p. 382.

⁴⁵ Arrêt du 19 avril 2016, C-441/14, *Rasmussen*, cit.

⁴⁶ Arrêt du 19 avril 2016, C-441/14, *Rasmussen*, cit., § 16 et s.

⁴⁷ Arrêt du 19 avril 2016, C-441/14, *Rasmussen*, cit., § 24.

que celles prévues par la directive⁴⁸. Pour ces raisons, et pour les autres motifs qu'on expliquera, le récent arrêt de la Cour de justice constitue donc une « occasion manquée ».

4.2. L'horizontalité du principe général de non-discrimination en raison de l'âge : des limites cachées ?

Une, parmi les critiques découlant de l'arrêt *Mangold*, portait sur l'impact que la reconnaissance d'un effet direct horizontal à un principe général aurait produit sur d'autres principes fondant l'ordre juridique communautaire⁴⁹. Spécifiquement, et même si elle était conçue pour améliorer la protection d'un droit fondamental, l'horizontalité de la non-discrimination en raison de l'âge représentait une entrave au respect des principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime.

Cependant, il a fallu attendre jusqu'à l'arrêt *Rasmussen* pour que la Cour de justice ait été appelée à se prononcer sur les risques découlant de l'application du principe général dans les litiges entre particuliers. La deuxième question posée par le juge danois abordait ce dernier aspect, du moment où on demandait à la Cour de justice de statuer sur la possibilité, pour le juge national, de mettre en balance le principe de non-discrimination, d'une part, et les principes de sécurité juridique et de la confiance légitime, d'autre part. Au cas où l'horizontalité du premier minait le respect des seconds, on interrogeait la Cour sur le pouvoir du juge national d'écarter la directe application du principe de non-discrimination en raison de l'âge⁵⁰.

La réponse de la Cour, ainsi que la conclusion suggérée par l'avocat général⁵¹, a été assez simple, les juges rappelant que, ni lesdites principes, ni la possibilité pour le particulier d'engager la responsabilité de l'État

⁴⁸ Il s'agit d'un raisonnement que la Cour a implicitement partagé dans son arrêt du 17 janvier 2008, C-246/06, *J.V. Navarro*, in *Rec.* 2008, p. I-105, § 32, lorsqu'elle a affirmé, en relation à la directive 2002/74/CE (du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002 modifiant la directive 80/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, in *JO*, 8 octobre 2002, L 270, p. 10 et s.) que « bien que les États membres soient libres, dans le cadre de la directive 80/987, de ne pas prévoir, dans leur ordre juridique interne, une garantie de paiement pour des indemnités dues en cas de licenciement, l'article 3, premier alinéa, de cette directive ne comportant en effet aucune obligation en ce sens, une réglementation nationale prévoyant une telle garantie est cependant entrée, à compter de la date d'entrée en vigueur de la directive 2002/74, à savoir le 8 octobre 2002, dans le champ d'application du droit communautaire en ce qui concerne ses applications à des faits postérieurs à ladite entrée en vigueur (voir, en ce sens, arrêt du 7 septembre 2006, *Cordero Alonso*, C-81/05, *Rec. p.* I-7569, points 31 et 32). À ce titre, une telle réglementation est, depuis cette date, soumise au respect des principes généraux et des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, au rang desquels figure notamment le principe général d'égalité et de non-discrimination (voir arrêt *Rodríguez Caballero*, précité, points 31 et 32) ».

⁴⁹ D. IZZI, *La Corte di giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2012, pp. 125-146; G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, pp. 23-42.

⁵⁰ Arrêt du 19 avril 2016, C-441/14, *Rasmussen*, cit., § 28 et s.

⁵¹ Conclusions de l'Avocat Général Bot présentées le 25 novembre 2015, C-441/14, *Rasmussen*, cit.

membre concerné pour violation du droit de l'Union, se prêtent à remettre en cause l'obligation de laisser inappliquée toute disposition de droit national contraire au principe général de non-discrimination en fonction de l'âge.

Nonobstant la conclusion adoptée par la Cour, le thème relatif à la possibilité que l'efficacité horizontale du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge puisse frustrer d'autres droits et/ou principes n'a pas été complètement dissipé. A bien voir, au moins deux questions restent toujours ouvertes.

Sous un premier point de vue, il paraît que l'effet utile de la jurisprudence *Rasmussen* est atténué par le test de proportionnalité prévu au niveau de l'art. 6 de la directive 2000/78. D'une part, comme la Cour de justice a récemment précisé, ledit contrôle doit être suivi aussi dans le cas où la légitimité d'une disposition nationale soit appréciée en relation au principe général⁵². D'autre part, le test de proportionnalité se traduit dans une œuvre de mise en balance entre le caractère potentiellement discriminatoire d'une disposition nationale et le caractère approprié et nécessaire des moyens adoptés. À ce propos, la Cour de justice a reconnu un considérable marge d'évaluation aux Etats membres dans le choix soit des objectifs légitimes qu'ils veulent rejoindre que des moyens qu'ils décident d'adopter⁵³. L'exclusion de tout pouvoir discrétionnaire du juge national par rapport à l'impact de l'effet direct de la non-discrimination en fonction de l'âge sur les principes de confiance légitime et de sécurité juridique – que la Cour de justice a statué dans l'arrêt *Rasmussen* – se prête à être contournée par le large marge d'appréciation dont ledit juge national peut parfois disposer lorsqu'il doit évaluer la proportionnalité de la mesure nationale (constituant une discrimination potentielle) par rapport au but visé⁵⁴.

⁵² A ce propos, la Cour a depuis assez longtemps affirmé que « dès lors, lorsqu'ils adoptent des mesures entrant dans le champ d'application de la directive 2000/78, laquelle concrétise, dans le domaine de l'emploi et du travail, le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, les partenaires sociaux doivent agir dans le respect de cette directive » (arrêt du 13 septembre 2011, C-447/09, *Prigge*, in *Rec.*, 2011, p. I-8003, § 48). Dans le même sens, voir les arrêts du 7 juin 2012, C-132/11, *Tyrolean Airways*, ECLI:EU:C:2012:329, §§ 22-23 ; du 13 novembre 2014, C-416/13, *Mario Vital Pérez*, ECLI:EU:C:2014:2371, §§ 24-25.

⁵³ Voir les arrêts du 12 Octobre 2010, C-45/09, *Gisela Rosenblatt*, in *Rec.* 2010, p. I-9391, § 48; 18 Novembre 2010, C-250/09 and C-268/09, *Vasil Ivanov Georgiev*, in *Rec.* 2010, p. I-11869, § 54; 21 Juillet 2011, C-159/10 et C-160/10, *Fuchs et Köhler*, in *Rec.* 2011, p. I-6919, § 66. A ce propos, v. P. BAILLY, J-P. LHERNOULD, *Discrimination en raison de l'âge: sources européennes et mise en œuvre en droit interne*, in *Droit social*, 2012, p. 233 ; M. HOUSER, *La spécificité du principe de non-discrimination*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2010, p. 328.

⁵⁴ L'approche développée par la Cour de justice sur ce point est double. D'une part, le contrôle exercé par les juges de Luxembourg a été si approfondi que la Cour de justice en est presque arrivée à statuer sur le litige principal (ceci étant le cas des arrêts du 22 Novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, cit. ; arrêt du 18 Juin 2009, C-88/08, *David Hütter*, in *Rec.* 2009, p. I-5325 ; arrêt du 19 Janvier 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*, cit. ; arrêt du 12 Octobre 2010, C-499/08, *Ole Andersen*, in *Rec.* 2010, p. I-9343 ; arrêt du 21 Juillet 2011, C-159/10 et C-160/10, *Fuchs e Kohler*, cit.). Dans d'autres cas, en revanche, la souplesse caractérisant le contrôle sur les finalités poursuivies se transfère aussi sur l'évaluation des moyens employés (Cour de justice, arrêts du 5 Mars 2009, C-388/07, *Age Concern England*, in *Rec.* 2009, p. I-1569, § 52 ; 12 Janvier 2010, C-341/08, *Domnica Petersen*, in *Rec.* 2010, p. I-47, § 74 ; 18 Novembre 2010, C-250/09 et C-268/09, *Vasil Ivanov Georgiev*, cit., § 53). Cette approche « ambiguë » de la Cour de justice,

Sous un deuxième point de vue, si on comprend la tentative de garantir protection au particulier-victime de discrimination, quelque réserve naît lorsqu'on pose l'attention sur la position du particulier (d'habitude l'employeur) responsable du potentiel traitement discriminatoire. Plus précisément, il paraît que la jurisprudence *Rasmussen* a l'effet de préjuger la position de cet autre « catégorie » qui, à bien voir, pourrait regrouper des particuliers étant parfois des victimes (de l'État membre) eux-mêmes.

Plus précisément, dans l'hypothèse où l'application du droit national ne paraît pas conforme au principe de non-discrimination en raison de l'âge, le particulier/auteur (potentiel) d'un traitement discriminatoire aurait deux possibilités. D'une part, de la même façon que dans le cas *Rasmussen*, il pourrait se conformer aux dispositions (et éventuellement à la jurisprudence) nationales et donc s'exposer au risque d'un recours de la victime se plaignant de la violation du droit de l'Union européenne. D'autre part, ledit particulier pourrait refuser de suivre le droit national, se conformant donc au droit de l'Union européenne. Dans ce dernier cas aussi, cependant, sa position serait toujours très compliquée du moment où le particulier serait au moins exposé au risque d'être sanctionné par les autorités nationales et à la suivante nécessité d'invoquer la responsabilité de l'État membre pour violation du droit – *non-écrit* – de l'Union européenne. Même si, dans la deuxième situation présentée, toute juridiction nationale saisie serait en principe tenue à appliquer le droit de l'Union européenne et, donc, à partager la position du particulier, il faut quand même souligner que le risque d'un conflit judiciaire est important.

Suite aux observations déroulées, il paraît donc que les bénéfices de l'arrêt *Rasmussen* par rapport aux victimes des discriminations en fonction de l'âge sont partiellement compromis par les effets, négatifs, qu'une telle jurisprudence pourrait parfois produire soit du point de vue d'autres particuliers (se trouvant, eux malgré, dans une position intermédiaire entre l'instigateur, i.e. l'État membre, et la victime d'un traitement discriminatoire) soit dans la perspective d'assurer une protection uniforme de l'égalité fondée sur l'âge.

À ce dernier propos, il faut au moins mentionner la décision de la Cour suprême danoise⁵⁵ adoptée suite aux clarifications de la Cour de justice dans l'arrêt *Rasmussen*. Dans la mesure où la Cour suprême danoise a clarifiée que – ne prévoyant la loi d'accession du Royaume de Danemark aucune obligation concernant les principes généraux du droit de l'Union européenne – lesdits principes ne trouvent pas application en

évidemment, entrave l'uniformité des décisions et, donc, de la protection envers les discriminations fondées sur l'âge.

⁵⁵ Cour suprême danoise, arrêt du 6 Décembre 2016, N. 15/2014, *DI acting for Ajos A/S v. The estate left by A*. Une traduction anglaise de la décision est disponible sur le site officiel de la Cour: www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/pressemeddelelser/Documents/Judgment%2015-2014.pdf.

Danemark, il paraît qu'une sorte de conflit des juridictions a été déjà déclenché, dont les victimes seraient l'uniformité et l'effectivité du droit à la non-discrimination en raison de l'âge⁵⁶.

5. Conclusion

Si on ne peut pas soutenir qu'il y a des domaines du droit antidiscriminatoire où n'est pas poursuivie une protection effective du principe d'égalité en fonction de l'âge⁵⁷, on doit toutefois remarquer qu'on ne parvient pas toujours à garantir sa protection de façon effective et efficace. Comme on a essayé de démontrer tout au long de l'article et pour répondre à la question posée dans le titre, on doit constater que même la protection assurée par le principe général de non-discrimination en raison de l'âge présente des limitations importantes, éventuellement préjugant les individus.

Bien que l'on considère la question de l'effet direct horizontal des directives désormais clarifiée, la jurisprudence *Rasmussen* témoigne de ce que le respect d'autres principes (généraux eux-mêmes) pourrait être préjugé par la reconnaissance d'un effet direct horizontal à la non-discrimination en fonction de l'âge. Etant donné que la nécessité de garantir une protection uniforme du principe de non-discrimination en raison de l'âge ne permettrait pas aux juges nationaux d'exercer leur pouvoir discrétionnaire, il faudrait que ladite pondération soit – au moins dans ses termes essentiels – déroulée par la Cour de justice. Pour que le « bruit » soulevé par l'effet direct horizontal de la non-discrimination en raison de l'âge n'entrave d'autres principes « constitutionnels » du droit de l'UE, ainsi que l'uniformité et l'effectivité de la protection envers les discriminations fondées sur l'âge, il s'agit donc d'adopter une méthodologie commune⁵⁸ visant à établir un équilibre entre le déclenchement des potentialités liées au principe de non-discrimination en fonction de l'âge et le respect des autres principes fondant l'ordre juridique communautaire. Et c'est seulement à travers l'apport de la Cour de justice qu'un tel objectif pourra être atteint.

⁵⁶ À propos des implications de cette décision, v. G. ZACCARONI, *Ultra vires review e applicazione orizzontale del principio di non discriminazione sulla base dell'età: una riflessione (a freddo) su Dansk Industri*, in www.sidiblog.org, 4 Mai 2017 ; ainsi que E. GUALCO, "Clash of Titans" 2.0. *From Conflicting EU General Principles to Conflicting Jurisdictional Authorities: The Court of Justice and the Danish Supreme Court in the Dansk Industri Case*, in *European Papers – European Forum*, 26 March 2017, pp. 1-7.

⁵⁷ V. art. 19 TFUE.

⁵⁸ Sur l'essentialité d'établir une méthodologie s'expriment K. LENAERTS – J.A. GUTIERREZ-FONS, *The Role of General Principles of EU Law*, in A. ARNULL – C. BARNARD – M. DOUGAN – E. SPAVENTA, *A Constitutional Order of States? Essays in honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 181, lorsqu'ils affirment que « the interaction between general principles and national law can be described as a continuing two-way process. [...] To preserve this two-way process when establishing and developing general principles, it is vital that the Court follows a methodology that satisfies the expectations of national courts. Otherwise, the latter may perceive general principles as illegitimate judicial lawmaking and decide to stop engaging with the ECJ ».

Abstract [Fr]: Considérant l'ineffectivité des sources normatives de l'Union Européenne protégeant le principe de non-discrimination en raison de l'âge, cet article analyse l'impact de la reconnaissance d'un effet direct horizontal à ce principe général, avec le but de comprendre i) si ladite horizontalité arrive à améliorer, ou au moins étendre, la protection du principe ; ii) dans quelle mesure elle devrait à bon droit prévaloir sur d'autres principes et droits fondamentaux du droit UE. Bien que cette dernière possibilité ait été récemment reconnue par la Cour de Justice elle-même dans l'arrêt *Rasmussen*, elle pose de nombreuses questions. La présente contribution vise donc à analyser les limites de l'horizontalité de la non-discrimination en fonction de l'âge par rapport à la vocation de l'ordre juridique de l'UE d'assurer une protection effective et uniforme des droits fondamentaux.

English Title: The Court of Justice and the horizontal effect of non-discrimination on grounds of age: (still) much ado about nothing?

Abstract [En]: Given the inadequacy of the EU sources concerning equality on grounds of age in ensuring the effective protection of this general principle, the paper focuses on the role played by the horizontal effect doctrine towards i) the improvement of the protection of non-discrimination on grounds of age; ii) the establishment of a hierarchy among general principles, allowing the prevalence of non-discrimination on grounds of age over other fundamental rights and principles of the EU. Moving from the *Rasmussen* case, which expresses this latter feature of non-discrimination on grounds of age, this article challenges the reasoning of the Court of Justice by highlighting its shortcomings towards the effective and uniform protection of equality in the EU.